

海南大学“211工程”建设专项经费资助项目
海南大学民商法学文丛

ZHISHICHANQUAN
PEIYU BAOHU LIYONG
WENTI YANJIU

知识产权

培育·保护·利用
问题研究

刘远山 等著



知识产权出版社
全国百佳图书出版单位



湖南大学图书馆ZS0857475

知识产权培育·保护·利用问题研究

海南大学民商法学文丛

海南大学“211 工程”建设专项经费资助项目

本书系海南省教育厅高校科研基金项目《海南省上市公司自主知识产权培育、保护和利用问题研究》

(hjsk2009-08)最终成果

海南省普通高校研究生创新科研课题

刘远山 等著



DP23.404

100



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

内容提要

知识产权培育、保护和利用乃知识产权从产生到运用过程中的三个主要环节和层面,培育是前提、保护乃手段、利用为目的。

本书就其有关问题主要运用比较分析、规范分析、实证分析、法理分析、历史分析以及法经济学、法社会学和系统论等研究方法予以研析和探讨,主要涉及知识产权的获取、侵权及其民事责任和法律救济、许可使用与转让合同及其违约责任、投资入股以及知识产权侵权诉讼和行政诉讼、知识产权的限制和涉外知识产权的法律适用等问题。

本书特色是以实际问题为中心,提出并在一定程度上分析和解决之。

责任编辑:荆成恭

图书在版编目(CIP)数据

知识产权培育·保护·利用问题研究/刘远山等著. —北京:知识产权出版社, 2011. 7

ISBN 978-7-5130-0707-8

I. ①知… II. ①刘… III. ①知识产权—研究 IV. ①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 142042 号

知识产权培育·保护·利用问题研究

刘远山 等著

出版发行:知识产权出版社

社址:北京市海淀区马甸南村 1 号

邮编:100088

网址:[http://www. ipph. cn](http://www.ipph.cn)

邮箱:[bjb@cnipr. com](mailto:bjb@cnipr.com)

发行电话:010-82000893

传真:010-82000860 转 8240

责编电话:010-82000860 转 8341

责编邮箱:[jingchenggong@cnipr. com](mailto:jingchenggong@cnipr.com)

印刷:知识产权出版社电子印制中心

经销:新华书店及相关销售网点

开本:787mm×1092mm 1/16

印张:23. 75

版次:2011 年 7 月第 1 版

印次:2011 年 7 月第 1 次印刷

字数:446 千字

定价:68. 00 元

ISBN 978-7-5130-0707-8/D · 1271 (3609)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

摘 要

基于知识产权培育、保护和利用乃知识产权从产生到运用这一过程中的3个主要环节和层面,培育是前提、保护乃手段、利用为目的,作者选取其有关问题,主要运用比较分析、规范分析、实证分析、法理分析、历史分析以及法经济学、法社会学和系统论等研究方法予以研析和探讨。本书由培育篇、保护篇、利用篇和其他问题组成,主要涉及知识产权的获取、侵权及其许可使用与转让等方面,具体包括专利、商标、著作权和商业秘密侵权构成及其判定标准、归责原则、责任承担方式和法律救济途径与手段,网络环境下有关知识产权侵权认定和责任承担及其救济问题;专利许可使用合同及其违约责任,著作权许可使用制度、商标许可使用、专利转让合同以及投资入股相关问题;知识产权的限制主要是信息网络传播权的限制和商标权商品平行进口问题,还包括涉外知识产权的法律适用问题,知识产权行政案件的司法审查和专利侵权无效诉讼以及有关知识产权侵权实证调查和立法完善等问题。本书特色主要体现为以实际问题为中心,提出并在一定程度上分析和解决之,而暂且未予过多复杂艰深理论问题的深入探究;以及研究视角的独特新颖,显现为培育、保护和利用三大主线、规律和层面^①等。

① 国家有关文件中用的是4个词“创造、运用、管理和保护”为4环节和层面。“管理”虽具独立性但主要属行政法范畴且与保护、运用甚或创造也有关,故未予单列;同时认为其不甚严密,“保护”置于最后面,其乃法律手段,置于“创造”之后、“运用”之前为宜,即为第二环节和层面为宜;“创造”一词似不甚恰切,因易给人感觉其对象是知识产品(或智力成果)而这一产出与法律无关,故笔者用“培育”一语。所以,笔者的“培育、保护、利用”这一提法、顺位和视角颇为独特,目前尚未见文件和学者有此提法。此非有意标新立异,实乃出于写作需要和笔者对知识产权产出和发展运动及其规律的认识[培育(权利产出——知识产权行政法)→保护(权利法律保护手段——知识产权侵权法)→利用(财产权变现——知识产权合同法(即知识产权转让与许可使用法)以及其投资入股、质押融资法和资本化、证券化法)]。

前 言

众所周知，知识产权的作用十分突出和重要，当今社会尤甚，实乃源于其本身的巨大价值和推动力及促进之效。综观人类文明进步和发展，各种便利和福祉遍及人间，无不主要由作为第一生产力且乃最活跃的因素——科学技术推动、带来和赋予，而知识产权恰恰是科学技术的保护神和助推器；再览最发达、先进、富强以及总是先行和前在者，无论国家、民族、公司企业还是个人，莫不都是率先发轫、先行掌握、发展昌盛和引领科学技术和文化并凭借其制度保障——健全完善的知识产权制度。诚然，作为知识产权制度主要客体之一的科学技术以及知识产权本身是一把“双刃剑”，但其利之刃远大于弊之刃。知识产权制度与科学技术的直接紧密相关性，促使其与之相伴相生、变化频仍，是最富有生命力的制度。是故，只有知识产权才是人类文明进步的真正动力。因此，于知识产权无论怎么重视和强调都不为过。由此，笔者特崇敬那些知识产权的创造者，如发明家、科学家、作家等，对他们的重视、鼓励、支持、奖励和待遇再多再高亦理所应当。令人欣慰的是，当今均已较大体现，但令人痛惜的是，在知识产权制度尚未建立健全之时何谈保护、何言奖励和待遇，君不见多少发明家、科学家、作家无人问津、卖文为生或薪金微薄甚或穷困潦倒直至生命的最后一刻，是知识产权给他们带来了生机和力量。在此我无意贬低体力劳动者、理论家、政治家、影视明星、体育明星等以及其他法律制度的作用，只是自我主观更加感佩那些知识产权的创造者和希冀知识产权制度的构建与完善。回首历史难以忘怀，知识产权制度滥觞于西方国家，乃因科学技术、商品经济市场经济的蓬勃发展之功；而不能不说我国以前落后挨打的一大主要原因是知识产权制度的缺乏，因其所保护和促进的主要内容之一的科学技术停滞落后。可喜的是，现今我们已充分认识到并快速建立健全起较完善的知识产权制度，中华民族欲屹立于世界民族之林、实现中华民族的伟大复兴，非高度重视、大力发展和繁荣知识产权莫可，历史的经验教训、本国和他国的经历已反复告诫和提醒我们。鉴于知识产权培育、保护和利用乃知识产权产生和运动规律中三大基本环节和层面，培育是前提、保护乃手段、利用为目的，以及考虑到本书系海南省教育厅高校科研基金项目《海南省上市公司自主知识产权培育、保护和利用问题研究》（hjsk2009—08）最终成果，故择其有关问题予以研析和探究。

本书作者依次如下：

第一编：刘远山、余秀宝。

第二编

第一章：刘远山、余秀宝；

第二章：刘远山；

第三章：贺显平、刘远山；

第四章：余秀宝、刘远山；

第五章：李伟文、刘远山、余秀宝；

第六章：吕波、刘远山；

第七章：夏余杨、刘远山；

第八章：张孝光、刘远山；

第九章：刘艳华、刘远山、余秀宝；

第十章：李煜、刘远山；

第十一章：杨超男、刘远山；

第十二章：刘远山；

第十三章：孙大伟、刘远山；

第十四章：夏余杨、刘远山、闫宇辉、李煜、余秀宝。

第三编

第一章：刘远山、余秀宝；

第二章：李少彬、刘远山；

第三章：魏微、刘远山；

第四章：余秀宝、刘远山；

第五章：余秀宝、刘远山、陈丽娟；

第六章：蔡清明、刘远山、余秀宝。

第四编

第一章：刘远山、李璇、余秀宝；

第二章：赵郡峰、刘远山；

第三章：牡丹、刘远山；

第四章：李璇、余秀宝、刘远山；

第五章：苏冰清、刘远山、余秀宝；

第六章：王娜玉、刘远山；

第七章：魏微、刘远山；

第八章：闫宇辉、刘远山；

第九章：余正、刘远山、余秀宝。

本书由刘远山策划，刘远山和余秀宝拟定和修定书名、纲要与层次，并进行了相关修改加工和完善，以及文字校对编排等统稿终稿工作。前言和内容摘要及后记由刘远山撰写。书名修定承蒙法学院院长王崇敏教授指点。

本书意欲对推动深一步研究、完善立法、司法和行政执法实践以及公司企业和个人等实践有所助益或借鉴参考，虽付出辛勤劳动、颇下工夫，但由于时间仓促和水平有限等原因，恐怕仍有许多瑕疵、不足和问题，敬请读者诸君见谅并批评指正，以待今后进一步完善修正。本书参考和借鉴了许多学界前辈、专家学者的成果，借此表示衷心的感谢！最好的感谢和慰藉莫过于继续努力，在借鉴的同时能不断结出更新更深更好的成果。

目录

Contents

第一编 知识产权的培育	(1)
第二编 知识产权的保护	(6)
第一章 概论	(6)
第二章 我国知识产权法律制度与 TRIPs 协议之差距及其完善问题	(8)
第一节 引言	(8)
第二节 我国知识产权法律制度与 TRIPs 协议之差距及其完善的总体认识	(9)
第三节 完善我国知识产权法律制度的具体认识	(12)
第四节 研究存在的问题、不足及建议	(21)
第三章 知识产权侵权归责原则问题	(24)
第一节 引言	(24)
第二节 知识产权侵权归责原则的学术论争	(25)
第三节 民事责任与请求权	(31)
第四节 问题的解决	(35)
第五节 小结	(37)
第四章 著作权侵权损害赔偿额计算方法完善问题	(37)
第一节 引言	(37)
第二节 我国著作权侵权损害赔偿额计算方法立法之检讨	(38)
第三节 域外著作权侵权损害赔偿额计算方法的立法考察及评介	(40)
第四节 我国著作权侵权损害赔偿额计算方法立法的完善	(44)
第五章 专利侵权损害赔偿额计算方法适用问题	(47)
第一节 引言	(47)
第二节 我国专利侵权损害赔偿额计算方法规定的历史演进	(47)
第三节 实际损失的适用解析	(49)
第四节 侵权所得的适用解析	(51)

第五节	许可费的适用解析	(52)
第六节	法定赔偿的适用解析	(53)
第七节	合理开支的适用解析	(55)
第八节	小结	(55)
第六章	著作权侵权认定和责任承担及其完善问题	(55)
第一节	引言	(55)
第二节	著作权侵权行为概述	(56)
第三节	著作权侵权行为的认定及其疑难问题	(57)
第四节	著作权侵权行为的责任承担形式	(63)
第五节	著作权侵权法律制度存在的不足和问题及完善	(66)
第七章	商标侵权认定和责任承担及其完善问题	(71)
第一节	引言	(71)
第二节	商标侵权的认定及其疑难问题	(72)
第三节	商标侵权行为的民事和行政责任	(77)
第四节	我国商标侵权法律制度存在的不足和问题及其完善	(80)
第八章	商标侵权司法判定标准完善问题	
——以商标混淆可能性为视角		(82)
第一节	引言	(82)
第二节	商标侵权行为的类型	(83)
第三节	域外商标侵权司法判定标准的立法考察	(84)
第四节	商标侵权司法判定的标准	(87)
第五节	我国商标侵权司法判定标准的不足及其完善	(102)
第六节	小结	(104)
第九章	专利侵权司法认定及其民事和行政责任问题	(104)
第一节	专利侵权行为的构成要件	(104)
第二节	专利侵权的司法认定	(108)
第三节	专利侵权行为的民事和行政责任	(115)
第十章	商业秘密侵权认定和责任承担及其完善问题	(116)
第一节	引言	(116)
第二节	商业秘密侵权的认定及其疑难问题	(117)
第三节	商业秘密侵权的民事和行政责任	(121)
第四节	商业秘密侵权法律制度存在的不足和问题及其完善	(123)
第十一章	网络环境下知识产权侵权认定及其法律救济问题	(128)
第一节	引言	(128)

第二节	网络环境下知识产权侵权的认定·····	(129)
第三节	网络环境下知识产权侵权的法律救济·····	(139)
第四节	网络环境下知识产权侵权案件管辖权的确定·····	(143)
第五节	小结·····	(145)
第十二章	网络环境下版权侵权责任及法律救济问题·····	(146)
第十三章	网络环境下邻接权侵权认定及其法律救济问题·····	(150)
第一节	邻接权概述·····	(150)
第二节	网络传播对传统邻接权的冲击·····	(152)
第三节	网络环境下邻接权的侵权认定·····	(154)
第四节	网络环境下邻接权侵权的法律救济·····	(157)
第十四章	海南省知识产权侵权和犯罪现状、成因及预防对策问题·····	(161)
第一节	引言·····	(161)
第二节	海南省知识产权侵权和犯罪的现状·····	(162)
第三节	海南省知识产权侵权和犯罪的成因·····	(171)
第四节	海南省知识产权侵权和犯罪的预防对策·····	(176)
第五节	小结·····	(179)
第三编	知识产权的利用·····	(180)
第一章	概论·····	(180)
第二章	专利实施许可合同违约责任及其完善问题·····	(182)
第一节	引言·····	(182)
第二节	专利实施许可合同概述·····	(183)
第三节	专利实施许可合同的违约责任·····	(188)
第四节	我国专利实施许可合同违约责任实证分析·····	(198)
第五节	我国专利实施许可合同违约责任的完善·····	(204)
第三章	专利权转让合同中受让人权利保护问题·····	(213)
第一节	引言·····	(213)
第二节	《专利法》对专利权转让人禁止反言的排除·····	(214)
第三节	《专利法》对专利权转让人瑕疵担保责任的排除·····	(216)
第四节	小结·····	(218)
第四章	著作权许可使用问题·····	(218)
第五章	涉外商标使用许可合同法律适用问题·····	(223)
第一节	涉外商标使用许可合同概述·····	(223)

第二节 涉外商标使用许可合同法律冲突的表现及我国的立法实践	(224)
第三节 涉外商标使用许可合同的法律适用	(226)
第六章 专利权投资入股及其完善问题	(228)
第一节 引言	(228)
第二节 专利权投资入股概述	(229)
第三节 我国专利权投资入股的立法现状	(232)
第四节 我国专利权投资入股制度存在的问题及其解决	(233)
第五节 小结	(237)
第四编 其他问题	(238)
第一章 概论	(238)
第二章 网络传播权限制及其完善问题	(239)
第一节 引言	(239)
第二节 网络传播权概述	(240)
第三节 网络传播权限制的必要性分析	(245)
第四节 网络传播权限制的立法考察	(250)
第五节 我国网络传播权限制立法中存在的不足和问题	(258)
第六节 我国网络传播权限制立法的完善	(265)
第三章 商标权商品平行进口及其完善问题	(271)
第一节 商标权商品平行进口概述	(271)
第二节 商标权商品平行进口的经济分析和法理探讨	(273)
第三节 域外商标权商品平行进口的立法考察	(277)
第四节 我国商标权商品平行进口的立法实践及其利弊分析	(279)
第五节 我国商标权商品平行进口问题的解决对策及完善	(282)
第四章 专利行政案件司法审查问题	(285)
第一节 专利行政案件的内涵界定及特征分析	(285)
第二节 专利行政案件的种类归结	(287)
第三节 专利行政案件司法审查的主体、内容及标准	(290)
第四节 我国专利无效诉讼案件的性质	(293)
第五章 专利无效诉讼及其完善问题	(295)
第一节 引言	(295)
第二节 我国专利无效诉讼的立法现状	(296)
第三节 我国专利无效诉讼制度存在的不足和问题	(298)

第四节	我国专利无效诉讼制度的完善·····	(303)
第五节	小结·····	(306)
第六章	涉外知识产权诉讼法律适用问题·····	(307)
第一节	涉外知识产权法律冲突概述·····	(307)
第二节	我国涉外知识产权侵权诉讼的法律冲突与法律适用·····	(308)
第三节	我国涉外知识产权违约诉讼的法律冲突与法律适用·····	(313)
第四节	我国涉外知识产权刑事诉讼的法律冲突与法律适用·····	(316)
第五节	我国加入的知识产权国际条约中的冲突规范·····	(316)
第六节	我国知识产权涉外诉讼法律适用存在的不足及其完善·····	(319)
第七节	小结·····	(322)
第七章	涉外著作权法律适用问题·····	(323)
第八章	知识产权与人权的关系问题·····	(328)
第一节	引言·····	(328)
第二节	知识产权的人权属性·····	(329)
第三节	知识产权与其他人权的联系与区别·····	(331)
第四节	知识产权保护的特殊人权要求·····	(333)
第五节	我国知识产权保护的人权属性和要求体现的不足及其 完善·····	(340)
第六节	小结·····	(343)
第九章	我国建立知识产权法院问题	
——	基于比较法视野的研究启示·····	(343)
第一节	引言·····	(343)
第二节	我国知识产权审判模式的弊端分析·····	(344)
第三节	我国建立知识产权法院的利弊探讨·····	(345)
第四节	域外知识产权法院制度的比较考察·····	(347)
第五节	我国建立知识产权法院的具体构想·····	(352)
第六节	小结·····	(355)
主要参考文献	·····	(356)
后 记	·····	(366)

第一编 知识产权的培育

当某个作家创作出一篇小说或几行短诗或者某个摄影爱好者在风光旖旎的景区拍摄了一组照片，我们就可以说这位作家或者摄影者对该小说、诗歌或者照片享有著作权。但是，当某个发明家搞出一项新的发明或者某个商家苦心设计一个标识印在产品包装上进行销售，我们却不能就此认为该发明者或者商家对该发明或标识享有专利权或者商标权。这样的常识对知识产权的研究者或是对知识产权有相当了解的人来说并不陌生，但对普通大众来讲，情况可能就没有想象中那么理想。某工科大学教授经过多年潜心研究，终于在其专业领域获得前所未有的重大发现，该教授欣喜若狂之余挑灯夜战完成了一篇具有较高学术价值的论文刊载在某著名学术期刊上，当他被告知他的研究成果本可以申请专利保护时，他才为自己的行为后悔不已，因为这位教授的成果已公诸于众从而丧失了被授予专利权的前提，现在仅仅对那篇已经发表的论文享有著作权。

随着社会分工的不断细化，知识被认为是促进经济发展、社会进步和文化繁荣不可或缺的、越发重要的因素，知识在社会生产中逐渐居于核心的地位，知识的重要性反映了生产关系对发展了的生产力的适应。在知识经济时代，知识是生产要素，更是重要的经济资源。从一定意义上讲，知识是人的智力活动的成果，在法律层面上，民事主体对其创造性智力活动成果依法享有的权利就是知识产权。唯有增强人们对智力活动成果的权利意识，培育知识产权观念，懂得利用知识产权来获取经济收益，避免出现前述那种因取得著作权而丧失了专利保护的情形，于国于民才能在未来世界竞争中处于优势地位，因为世界未来的竞争就是知识产权的竞争，集中表现为一流的技术和一流的产品。

在经济最为发达的美国，知识产权产业占据着相当重要的地位。据统计，美国出口额的一半以上来自于知识产权产业，经济增长的40%来源于知识产权产业，1800万美国人从事知识产权产业；美国的知识产权价值5万亿美元，约占美国GDP的一半，被称为是“靠知识产权吃饭”的国家。^①我国也早已认识到知识产权培育工作的重要性，早在2011年1月13日，国务院原副总理吴仪在全国专利工作会议上就指出：“我国经济能否真正融入经济全球化的大潮，很大程度上取决于我

① 参见《中国经营报》2006年4月8日。



国能否加快完善知识产权制度,加快提高自主知识产权的创造、管理、实施和保护能力;取决于我国的企业能否尽快提高掌握与运用知识产权制度的能力和水平,尽快提高创造拥有自主知识产权的核心技术的能力。”^①

近年来,随着《国家知识产权战略纲要》的实施,知识产权上升为国家战略,我国知识产权的培育工作受到极大的重视,截至2011年4月,我国已经有25个省、自治区、直辖市,93个地级市正式发布了地方知识产权战略纲要或战略实施意见,^②仅河南一省就有14个省辖市制定出台了《知识产权战略纲要》或《实施知识产权战略意见》。^③我国地方知识产权战略实施工作呈现出从省到市县,从东部到西部全面展开、梯次推进的良好局面。在这样的背景下,我国知识产权的培育工作取得了重大成效。2010年,国内专利申请量和商标注册申请量均突破百万件。全年共受理专利申请122.2万件,其中国内发明专利申请29.3万件,同比增长27.9%;PCT国际申请达到12337件,申请量跃居世界第四。全年共受理商标注册申请107.2万件,共审查商标注册申请148.1万件,审查周期由36个月以上缩短到1年之内,提前两个月彻底解决国内外广泛关注的商标审查积压问题。截至2010年年底,我国商标注册累计申请829.5万件,累计注册商标562.8万件,有效注册商标460.4万件,我国商标注册累计申请量、累计注册量和有效注册量均居世界第一;累计受理马德里商标国际注册领土延伸申请154302件,连续6年位居世界第一,受理国内申请人商标国际注册申请累计11427件,在发展中国家排名第一;共注册和初步审定地理标志集体商标和证明商标1040件,其中外国地理标志36件。与此同时,2010年全国作品自愿登记量达37万余件,全年共完成计算机软件著作权登记81966件,较去年增长15.5%,连续5年保持高速增长态势。全年集成电路布图设计登记申请1108件,受理植物新品种权申请1259件,授予品种权692个。^④由此可见,知识产权战略的实施无疑对知识产权的培育起到了非常关键的作用。

除从制度上保障知识产权的培育工作外,我国还以知识产权优势企业为重点,推进知识产权的创造和应用。因为企业是市场经济最重要的参与者,是市场经济条件下最活跃的主体,企业对经济发展和科技创新具有不可替代的作用。为最大限度地发挥知识产权对经济的助推器作用,当下众多地方都启动了知识产权优势企业培育工程,旨在培育一批掌握核心专利、拥有驰名商标的知识产权优势和强势企业。为有效推进这一工程的顺利实施,各地相继颁行了配套实施方案,如福建省2008

① 《认清形势 明确任务——大力推进实施知识产权战略》,载 http://www.sipo.gov.cn/sipo2008/zwgs/zscqbps/200804/t20080402_368172.html, 2011年2月10日访问。

② 参见《人民日报·海外版》2011年4月26日。

③ 参见《科技日报》2011年3月25日。

④ 参见《经济日报》2011年4月22日。另据有关报道,2010年我国专利申请量世界排名第一,广东、江苏和北京位居我国前三甲。



年颁布的《福建省知识产权优势企业培育工程管理办法（试行）》、2009年海南省颁布的《海南省培育知识产权优势企业工作方案》以及2010年贵州省颁布的《贵州省知识产权优势企业培育工程实施方案》。在知识产权优势企业培育工程实施过程中，各地均提出了具体指标作为知识产权优势企业培育工程实施效果的量化方式。例如，武汉市提出力争用5年时间，使全市知识产权优势培育企业达到500家、知识产权优势企业达到100家、知识产权强势企业达到10家。从整体上大幅提升武汉市企业知识产权创造、运用、保护和管理综合能力。^① 青岛市将培育壮大具有核心竞争力的创新型企业的主要工作放在培育创新型企业、构建引导产业技术创新战略联盟上，从科技计划项目、工程技术研究中心、金融贷款、知识产权保护、科技奖励等方面加大对创新型企业的扶持力度。2011年计划培育40~50家市级创新型企业，10~15家省级创新型企业，扶持壮大14家国家级创新型企业，逐步形成青岛市创新型企业建设梯队。通过企业知识产权情况调研，筛选出符合高新技术企业认定知识产权要求的企业，做好企业培训和培育工作，并进一步规范高新技术企业认定工作，建立健全工作制度，年内争取新认定高新技术企业60家，高新技术企业总数超过300家。^② 在经济欠发达的贵州省，通过在优势企业和中小企业中开展知识产权“培育工程”，提升企业自主创新能力，带动全社会全面提升创新水平。贵州省提出将用5年左右的时间，培育和认定50家知识产权优势明显、自主创新能力和核心竞争力较强的企业或企业集团；在重点优势领域形成50项重大关键技术核心专利或专利群；培育形成一批驰名商标和贵州省著名商标。贵州省同时还实施中小企业知识产权战略推进工程，现已确定20家企业作为首批工程实施单位。^③ 另外，一些地方在力争本地公司企业成为国家知识产权战略实施试点企业上狠下工夫，如海南椰岛集团已成为国家商标战略实施试点企业。

同时，司法机关积极探索新的审判模式保障知识产权培育工作的有效进行。2009年12月8日，中国首个知识产权法庭在珠海市高新区挂牌成立，该知识产权法庭调配了一批具有专业审判能力的专家型法官，配备了先进的具有多媒体辅助功能、远程取证功能、全息记录存储功能的数字法庭系统，试点知识产权“三审合一”审判模式，统一受理知识产权民事、行政和刑事案件，确保知识产权审判的统一、公正、高效，充分发挥司法保护知识产权的主导作用。^④ 最近几年，最高人民

① 《加强知识产权创造与保护 提升企业核心竞争能力》，载 <http://www.whipb.gov.cn/html/2011/0417/4575.html>，2011年4月11日访问。

② 参见《青岛日报》2011年4月28日。

③ 参见新华网：http://news.xinhuanet.com/politics/2011-03/01/c_121136017.html，2011年3月1日访问。

④ 《充分发挥司法保护知识产权的主导作用》，载 <http://www.chinanews.com/gn/news/2009/12-08/2007152.shtml>，2011年4月23日访问。



法院积极推动知识产权审判庭统一受理知识产权民事、行政和刑事案件试点工作,截至2010年12月底,全国已有5个高级人民法院、49个中级人民法院和42个基层人民法院开展相关试点。

鉴于我国知识产权培育工作的现状以及我国在知识产权培育、保护与利用过程中凸显的问题,笔者认为,我国知识产权的培育工作还需从如下几方面改进。

首先,完善知识产权立法,加大知识产权侵权的惩处力度。健全的知识产权法律制度是培育知识产权的重要保障,只有加大惩罚侵犯知识产权行为的力度,消除人们的顾虑,才能增强人们创造知识产权的积极性。尽管我国相继制定了大量的知识产权法律法规,如《著作权法》、《商标法》、《专利法》、《反不正当竞争法》、《植物新品种保护条例》、《集成电路布图设计保护条例》等以及相应的司法解释,但是在很多具体问题上还很不完善,尤其是我国知识产权确权、授权过程中凸显出来的问题越来越多,惩罚知识产权侵权行为的力度还不够,这些都直接或间接地影响了知识产权的有效培育。2010年,各部门新制定、修订有关知识产权法律法规和规范性文件44项,出台并实施主要政策措施112项;截至2011年4月,共有16个部门制定了本领域的知识产权战略、实施意见或具体工作方案,7个部门还专门建立了本部门战略实施工作机制,相信这些具体的措施能够促进我国知识产权培育工作的有序进行。

其次,培育具有多种专业背景的知识产权法官,减少知识产权法官的流动。由于知识产权案件专业性强、涉及面广,仅仅具备法律专业知识的司法工作人员远远不能够胜任知识产权审判任务,培养具有多种专业背景的知识产权法官能有效解决审判过程中的专业疑难问题,对于提高审判质量和审判效率具有不可或缺的作用。另外,正是由于知识产权案件极强的专业性,培育一批优秀的知识产权法官是件需要投入较大人力财力的工作,所以应尽量减少知识产权法官的流动,让其在所属领域不断提升专业水平和业务素质,从而造就一批稳定的专家型法官。

第三,组建知识产权审判智囊团,为知识产权审判提供智力支持。因我国知识产权法律制度起步晚、发展快,优秀知识产权法官的培育远远跟不上快速发展的知识产权产业,很多法官仅凭单一的法律知识无法解决知识产权案件涉及的众多疑难事实问题,难以作出客观准确的判断。因此,可组织相关领域的专家发挥专业优势,为知识产权的审判工作提供智力支持。在这方面,最高人民法院与中国科学技术协会签署知识产权司法保护合作备忘录,聘请“两院”院士、专家担任科学技术咨询顾问,为知识产权审判提供支持。各个地方法院可以此为借鉴,组建当地的知识产权审判智囊团,既为审判充分发挥专业支持作用,也进而为知识产权的培育提供强有力的后盾、成为其助推器。

最后,加强知识产权宣传,传播知识产权理念。与世界知识产权水平较高的国家相比,我国知识产权意识相对较低,很多人不懂得如何培育知识产权或者创造出



知识产品后不知如何对其进行保护和及时申请获权,这极大地妨碍了知识产权的培育工程。因此,加大知识产权的宣传力度,传播知识产权理念显得尤为重要。前不久,由国务院28个部门制订的《2011年国家知识产权战略实施推进计划》就包括促进知识产权创造与运用、强化知识产权保护、发展知识产权服务、加强知识产权教育培训和人才队伍建设、推动知识产权宣传和文化建设、扩大知识产权对外交流合作和加强知识产权战略实施的组织协调7个方面的内容。另外,国家版权局于2011年4月20日发布的《版权工作“十二五”规划》就确定了“十二五”时期版权工作的重点任务,即强化版权服务功能、鼓励版权创造运用、完善宣传培训机制、完善法律政策体系和强化国际应对体系。由此可见,知识产权的宣传工作是知识产权培育不可缺少的部分,只有让更多的人了解知识产权,懂得运用知识产权创造财富,才能培育出更多优秀的知识产权项目。

总之,知识产权的培育即其从原始取得意义上而言的从无到有的过程,包括知识产品(智力成果)的创造和就大部分知识产权而言的申请确权两个环节和活动。其紧随的第二个环节主要涉及行政确权(授予)方面的行政程序法内容,^①限于篇幅以及虑及知识产权培育实乃一项复杂的工程,不仅涉及法律制度问题,还关乎经济利益、国家安全与人权以及创造意识和水平等问题,其涉及面之广、影响范围之大,远非本书所能容纳,本编仅从法律层面对我国知识产权培育现状有所涉猎,只为与后文知识产权的保护、利用等相关问题构成一完整体系,因此,本书重点关注的是知识产权的保护和利用等问题。

① 这里的“有”不包括受让取得和继承取得,大部分知识产权,如商标权、专利权、集成电路布图设计权、植物新品种权都须经申请确权过程,而仅著作权(在大多数国家和就大部分著作权)和商业秘密权无须经申请确权过程而是自完成之日起即权成享,所以在某种意义上讲,知识产权更是一种法定权而有别于物权和人身权之更具自然权属性同时又更类似于不动产权。并非任何知识产品或智力成果皆能获享知识产权,它需符合法定的一些实质条件并大多需经申请确权程序,但首先得“有”即创造出知识产品(智力成果),这是客体根据和前提,这与法律关系不大,但良好健全的法律保护和利用制度对其有鼓励和促进之效,其第二个环节即行政确权(授予),则完全是法律制度问题了,主要属行政程序(许可)法范畴,其规范制度复杂丰富而独特,在知识产权法体系中自成一体,也就是说,它是大多数知识产权培育须满足的法律程序要件。